

Crisi del principio di legalità e le nuove fonti del diritto penale

Autore: Salvatore Sansone

In: Diritto penale

Le conseguenze della diffusione della pandemia covid19, sono occasione per una riflessione sulla crisi del principio di legalità. La recentissima iniziativa di indagine di un Procuratore della Repubblica volta a verificare le cause che abbiano inciso in maniera determinante alla diffusione del virus, crea lo spunto per ragionare sul fenomeno già noto di tutta una serie di nuove fonti del reato penale con implicazioni incidenti anche su altri piani del sistema giuridico.

The consequences of the spread of the covid19 pandemic are an opportunity for a reflection on the crisis of the principle of legality. The investigation initiative of a Public Prosecutor aimed at verifying the causes that had a decisive impact on the spread of the virus, creates the opportunity to think about the already known phenomenon of a whole series of new sources of the criminal offense with implications also on other planes of the legal system.

La sconvolgente esperienza che ognuno di noi sta vivendo a causa delle conseguenze della pandemia Covid 19, ci consente una riflessione su un fenomeno invero già da tempo in atto e riguardante le "nuove" fonti del reato penale e la crisi del principio di legalità.

Volume consigliato

Nella ricorrenza del 25° anniversario dalla pubblicazione di un breve e interessantissimo trattato del Prof. Filippo SGUBBI, già ordinario di diritto penale all'Università di Bologna, il Prof. Mauro RONCO nel 2015[1], tracciava i profili essenziali del consolidarsi di una nuova concezione della fonte del reato.

E' di questi giorni la chiara conferma di tutto questo che non possiamo più definire "nuova tendenza".

Il Procuratore Capo della Repubblica di Bergamo al fine di accertare cosa sia veramente accaduto in Val Seriana all'inizio della pandemia di Sars - Covid 2, coltiva una articolata attività di indagine, con tanto di proroga concessa per la perizia tecnico-scientifica di parte, per verificare cosa abbia inciso in maniera

determinante alla diffusione del virus[2]. La vicenda al di là delle emotività riconducibili alla condivisa rabbia per le disvelate, diffuse e costanti inadeguatezze del nostro sistema di sorveglianza sanitaria[3], ci consente un ragionamento essenziale sul tema del principio di legalità con le implicazioni che comporta anche sul piano civilistico dei risarcimenti.

La riflessione che propongo, lontano da intenti strumentali e polemici, vuole essere solo di valenza e carattere tecnico - argomentativo. Insomma una valutazione della legittimità e fondatezza dei motivi di diritto che ispirano la detta iniziativa di indagine.

La disamina ci impone di interrogarci su cosa oggi sia rimasto del "vecchio" principio di legalità e quale sia oggi la fonte del reato penale.

Accade che il Pubblico Ministero con la sua indagine diretta a ricercare le possibili ragioni di un maggior numero di vittime covid 19 nel proprio territorio di competenza, entri nella valutazione dell'esistenza e adeguatezza tecno-scientifica di piani e protocolli di emergenza sanitaria in una condizione specialissima qual'è il pericolo della diffusione pandemica che viviamo.

Ampliando oltremodo la sua competenza il Pubblico Ministero ipotizza le condotte delittuose di epidemia colposa, omicidio colposo, falso e omissione di atti di ufficio.

Dovendo accertare fatti, il rappresentante dell'accusa si ripromette di ricercare se le cause dei più numerosi decessi covid 19, nella sua competenza siano da ricondurre all'inadeguatezza e carenza di validità scientifica di piani e protocolli scientifici che le autorità sanitarie altrimenti avrebbero dovuto approntare; se i piani siano stati debitamente aggiornati; se le competenze e le risorse economiche e scientifiche previste fossero sufficienti e adeguate al bisogno.

Le complesse problematiche sottese all'iniziativa dell'accusa evidenziano diversi profili di criticità sul fronte del rispetto del principio di legalità e della riserva di legge.

Su tutti l'ennesima prova di una sempre più inarrestabile dilatazione delle competenze che l'organo dell'accusa si attribuisce nel controllo della legalità : ma anche molto altro.

Così operando infatti, l'autorità inquirente tende a sostituirsi nell'ordine :

- all'autorità scientifica, unica competente in materia;
- all'autorità esecutiva politica, unica legittimata alle scelte;
- all'autorità amministrativa, cui sono riservati i procedimenti.

Il tutto per produrre una imputazione di reato che sostanzialmente si condensa nell'attribuzione di una

responsabilità per inappropriata gestione del rischio sanitario della popolazione.

Così operando però il Pubblico Ministero, travalicando il principio della riserva di legge, esercita un potere che, trascendendo la sua sfera di competenza, trasforma il proprio ruolo : da servitore della legge a garante dell'incolumità personale e collettiva. La fonte del diritto non è più la legge, chiamata a definire staticamente le soglie e i limiti di ogni attività pericolosa, ma la giurisdizione nella quale è il giudice "globale"[4] che con la sua sensibilità interpreta e fissa le soglie per scongiurare i rischi.

La conseguenza è quella che ormai da diversi anni assistiamo ad una produzione normativa penale che si evolve nella direzione della atipicità della norma.

L'esempio che ho richiamato circa l'iniziativa del Procuratore di Brescia ha un noto ed altrettanto significativo precedente nell' iniziativa del Procuratore di Torino. Questi nel 2015 iscrisse nel registro degli indagati una "notitia criminis" per omicidio colposo riguardante il decesso i più persone per una forma di epatite per la quale procedette all' acquisizione delle cartelle cliniche di tutte le vittime.

La contestazione ipotizzata come reato consisteva nella mancata somministrazione da parte del servizio sanitario nazionale(!) di un farmaco che secondo alcune prospettazioni scientifico - peritali a cura dell'accusa[5], sarebbe risultato adeguato alle cure di quella forma di epatite ma non utilizzato perchè non selezionato dalle competenti autorità sanitarie ministeriali e perchè troppo costoso[6].

In sostanza al fine di accertare le cause dei decessi dei malati di epatite, l'accusa riteneva di avere legittimità ad indagare sull'idoneità del farmaco NON selezionato dalle autorità scientifiche e altrimenti(?) indicato come adeguato per la cura; verificare il nesso di causalità tra la sua mancata somministrazione e gli eventi letali; accertare le ragioni dell'impossibilità da parte del servizio sanitario nazionale di farsi carico dell'acquisto del farmaco di avanguardia; accertare, ancora, le ragioni in forza delle quali le Autorità sanitarie e amministrative non lo avevano introdotto nei protocolli relativi alle cure nonchè verificare le cause da parte delle stesse Autorità di insostenibilità economica per l'acquisto.

In buona sostanza un Pubblico Ministero che non formula l'accusa sui fatti già previsti dalla legge come reato ma che muove la contestazione creandola in forza della propria autonoma valutazione tecnica, scientifica, amministrativa, esecutiva(!).

Da tale prospettazione si comprende come l'iniziativa di indagine stravolga i principi in forza dei quali l'ordinamento dovrebbe subordinare alla legge ogni potere; in questo modo il fatto reato non è più di fonte normativa ma di interpretazione giurisdizionale.

Potendola prevedere e quindi anticipandola (!), ritengo sia debole e inadeguata la facile eccezione da parte di quanti potrebbero sostenere che il fine "nobile" sia quello comunque di garantire la salute pubblica e che il Procuratore di turno non agisce per suo capriccio o interesse; ma il tema del nostro confronto verte su un piano certamente diverso : per i principi della riserva di legge e di legalità, nel

nostro ordinamento è la Legge che deve fissare le condotte di reato e non la sensibilità o l'improvvisata (pretesa) illuminazione di chicchessia.

Eppure il fenomeno di questo tipo di iniziative di indagine è ormai diffuso nell'esperienza giudiziaria del nostro Paese ed anche le nuove elaborazioni normative riguardanti nuovi fatti reato, ne subiscono l'influenza mettendo in crisi ancora una volta il principio di legalità.

Il contributo del giudice

Il formante normativo in questi casi è di certo fortemente caratterizzato e influenzato dal contributo del giudice.

Si pensi anche al dibattutissimo tema del concorso esterno in associazione mafiosa, ma anche ai reati ambientali, ai reati colposi e a tutti i casi, sempre più diffusi, nei quali l'incriminazione non è di fonte legislativa ma giurisprudenziale : qui l'imputato apprende solo con la sentenza se la sua condotta integra o meno il reato.

Si tratta di un'area di contestazioni penali ove in maniera elastica è la decisione del giudice (la giurisprudenza...) che delimita il campo dell'illecito e poi ne riscontra la violazione[7].

Nell'esperienza dell'attività quotidiana in Tribunale, osservo che questo contributo del giudice non è solo quello delle sue decisioni all'esito del processo ma anche quello della sua azione nella fase che lo precede con le sue iniziative di indagine e con l'uso delle misure cautelari nella fase delle indagini preliminari.

Dopo una stagione di giudici "esecutori della legge" degli anni 60 e 70 e poi dei giudici "supplenti delle istituzioni" degli anni 80 e 90, viviamo la stagione dei giudici "globali - politici" che con le proprie iniziative e decisioni legittimano e adottano atti amministrativi e di governo.[8]

Ma non è solo un problema di "dilatazione" del potere giudiziario.

D'altra parte, osserva il Prof. Natalino Irti, la fase che viviamo è quella della crisi della fattispecie penale.

Per il Prof. Irti il tema è quello de "la crisi della fattispecie normativa e del suo momento validante". A causa della liquidità dell'esperienza giuridica contemporanea, caratterizzata da assoluta imprevedibilità, inconsistenza degli assetti socio-politici di riferimento, si pretende di affiancare o sovrapporre "i valori", intesi come principi morali, alla legge innestandoli o cercandoli in quest'ultima e così snaturando i tradizionali, rigorosi, procedimenti di formazione della norma (validazione) che sono gli unici a darne oggi

il valore fondante fino a giungere al suo depotenziamento[9].

La legge diviene così "occasione, necessariamente estemporanea" e per questo asistemica ed imprevedibile per nulla rappresentativa dei valori propri di un ordinamento giuridico: universalità della fattispecie, certezza della norma, momento di validazione/effettività della stessa[10].

Accade sempre più spesso che la norma che prevede la condotta di reato non risulti più tipica, né "predeterminata" nella sua azione e direzione deterrente.

E' come se la condotta che dovremmo trovare legislativamente stabilita come fatto tipizzato, assuma la condizione di un comportamento umano "improprio", determinato volta per volta dalle vittime oppure (anche) dal pensiero dominante della società (dal comune sentire), da organizzazioni di rappresentanza e dalla loro rispettiva percezione del fatto[11].

Insomma una "tipicità postuma" nella quale l'agente saprà solo dopo il fatto e la sua valutazione, se la sua condotta è da qualificarsi come illecito.

Contribuisce a delineare l'area del penalmente rilevante p. es. la percezione del disvalore della condotta da parte della vittima.

E' la pretesa parte offesa del reato a definire il fatto penale con le sue emozioni. La condotta dell'agente può essere neutra ma se percepita come lesiva dall'interlocutore diventa reato. E' il caso delle molestie sessuali, dei reati di minaccia, e di tutte le condotte nelle quali viene in rilievo una mancanza di rispetto nei confronti di singoli appartenenti a gruppi rappresentativi di genere o minoranze.

E' il caso delle condotte di insulto a minoranze di religione, minoranze etnia, sesso, genere e tutte le discriminazioni nelle quali l'espressione potrebbe semplicemente e sostanzialmente consistere in una banale mancanza di rispetto ma si traduce, per essere così percepita, anche strumentalmente, in una aggressione verbale.

Nella progressiva trasformazione del reato dall'impianto di tipizzazione della condotta verso una sua "qualificazione postuma", assume sempre maggiore rilievo il ruolo della vittima o pretesa parte offesa, il cui credito sociale e morale rende giusta la sua causa e amplifica le sue personali aspettative di giustizia divenendo così essa stessa, sostanziale fonte della norma[12].

E' l'affermazione di una concezione "vittimocentrica" della qualificazione del reato.

E' il caso delle varie novità introdotte con la L. 19.07.2019 n. 69, cosiddetto codice rosso. Così come l'obbligo previsto dall'art. 299 c.p.p. di notificare sempre alla parte offesa le istanze di modifica o revoca di misura cautelare per tutte imputazioni di delitti commessi con violenza alla persona.

La vittima, nella sostanziale discriminazione personalmente percepita, che diviene formante normativo.

Nell'esperienza registriamo una grave e strumentale distorsione di effetti.

Accade infatti che tanto più sia minoritaria la categoria di appartenenza tanto più forte è l'effetto di rivendicazione che legittima la sua richiesta di tutela speciale invocata e ottenuta anche con tempistiche e oneri probatori invertiti.

Si pensi al movimento "metoo", che incoraggia le denunce di molestie subite dalle donne. Denunce di fatti vecchi anche di 20 anni che distruggono immagini sociali e vite di presunti aggressori cui viene trasferito l'onere, insostenibile, di difendersi da accuse generiche e normalmente senza prove. L'effetto il più delle volte è di un danno irrisarcibile a fronte di denunce neanche formalizzate[13].

Questo quadro di formante normativo originato da rivendicazioni di minoranze su sensazioni personali della vittima, è certamente figlio della fase storico-sociale che viviamo, fortemente influenzata dalla post-verità per la quale l'incontrollata (... e incontrollabile) diffusione del dibattito sui social è "umus" fertile.

Il più delle volte movimenti di pretese e distorte opinioni esercitano una fortissima azione di influenza e condizionamento.

Nel tracciare un rapido bilancio su quanto abbia potuto influenzare e produrre questa nuova tendenza del formante normativo distorto e che sostanzialmente mette in crisi il principio di legalità, ritengo ci sia una considerazione da fare .

La nostra società attualmente ambisce sostanzialmente a produrre un sistema di responsabilità assoluta, piena e incondizionata: cosiddetto rischio 0 (zero)

Ad ogni azione dovrebbe corrispondere una riconducibilità responsabile con annessi e connessi civilistici di risarcimento. L'idea, in punto di principio, sarebbe certamente condivisibile ma di difficilissima attuazione in un ordinamento come il nostro e in un contesto come quello italiano.

La conseguenza è un sistema che spesso genera incredibili e irrisolvibili contraddizioni e che a sua volta cerca di difendersi reagendo con una frammentazione esasperante ed esasperata di competenze e organigrammi. La burocratizzazione imperversa e l'azione amministrativa resta spesso contratta per il timore di incorrere nella violazione del regolamento o della norma di turno.

Ecco allora la distorsione di "caricare" sul diritto penale la funzione risolutiva di ogni problema[14]. Un diritto penale che va oltre le sue funzioni e finalità e che diventa metro di ogni condotta (!) disattendendo o meglio travolgendo i principi di riferimento dell' ordinamento come il principio di legalità e quello della riserva di legge.

Una distorsione che stravolgendo i principi essenziali dell' ordinamento penale è gravida di conseguenze sul piano degli altri campi giudiziari che metteranno sempre di più in difficoltà la tenuta del sistema.

E' di questi giorni la presentazioni a cura di oltre 500 famiglie presso diverse Procure della Repubblica di esposti per perseguire responsabilità e inadempimenti da parte degli amministratori pubblici in tempo di Covid19 e al tempo stesso viene proposta davanti al Tribunale di Roma una citazione che chiama in causa la presidenza del Consiglio dei Ministri, il ministero della salute nonché la regione Lombardia per rispondere di risarcimenti economici milionari[15] (!).

Il problema quindi non resta solo quello teorico della crisi del principio di legalità ma di un sistema che si evolve in una direzione destinata a far perdere certezza ed efficienza della norma .

Volume consigliato

[1] cfr. Intervento del Prof. Ronco (emerito di diritto penale all'Università di Padova) al Convegno di Studi in Padova il 26 giugno 2015 (archiviopenale.it), per il 25° dalla pubblicazione dell'opera del Prof. F. Sgubbi : "Il reato come rischio sociale".

[2] Cfr. articolo del Corriere della Sera del 9 dicembre 2020, pag. 9.

[3] Cfr. intervista del 20.12.2020 a "L'Arena" di Massimo Giletti su LA7, del dott. Ranieri Guerra direttore generale del ministero della salute.

[4] definizione del prof. Mauro Ronco nel convegno cit. in nota n.1;

[5] indagini del P.M. Guariniello;

[6] cfr. articolo de La Repubblica di Torino del 21.05.2015 "Il superfarmaco contro l'epatite c", il caso del Sofosbuvir

[7] Cfr. vicenda Thyssen, Cass. Sez. UU. 38343/2014, ripresa da Cass. 40050/2018

[8] Cfr. F. SGUBBI "il diritto Penale Totale". E' il caso delle misure giudiziarie per l'ambiente (es. il sequestro delle acciaierie di Bari), delle indagini sulla gestione del rischio sanitario e nell'area lavoro con il settore dei licenziamenti. Cfr. anche Prof. Alberto Gargani atti di Convegno 2017 in Pisa pagg. 217 e ss.

"Fatti non ancora previsti dalla Legge come reato". Ed ancora i disastri innominati dolosi e colposi ex artt. 434 e 449 c.p. (cerca di ovviare con scarso successo la Corte Cost. 327/2008

[9] Irti Natalino, La crisi della fattispecie, in Rivista di Diritto Processuale, 2014, n. 1, p. 36

[10] Irti Natalino, op. cit.

[11] cfr. F. Sgubbi "il diritto penale totale", pag. 46 e ss..

[12] cfr. ibidem, come sopra .

[13] cfr. il caso del regista Fausto Brizzi.

[14] E' quello che il Prof. Sgubbi ha definito nella sua recente pubblicazione : "il diritto penale Totale" Ed. Il Mulino 2019.

[15] Cfr. articolo sul Corriere della Sera del 23 dicembre 2020 pag. 15;

<https://www.diritto.it/crisi-del-principio-di-legalita-e-le-nuove-fonti-del-diritto-penale/>